

LOS CUIDADOS DE SALUD PARA LOS ANCIANOS. ENTRE LAS LIMITACIONES PRESUPUESTARIAS Y EL DERECHO A UN MÍNIMO EXISTENCIAL* *HEALTHCARE FOR THE ELDERLY: BETWEEN THE BUDGET CONSTRAINTS AND THE RIGHT TO AN EXISTENTIAL MINIMUM***

Ricardo PERLINGEIRO***

RESUMEN: El autor contextualiza los efectos de la realidad de las finanzas públicas en el ámbito de la creación (legislativa) y de justiciabilidad de los cuidados de salud para los ancianos. Relaciona los aspectos económicos a los conflictos originados en la discrepancia entre las pretensiones y expectativas individuales y los cuidados de salud que constan en la ley, sobre presupuesto público y procedimientos administrativos. El texto considera que la insuficiencia de recursos financieros y de recursos presupuestales públicos, a pesar de implicar un riesgo que impone límites a la tutela jurisdiccional de los derechos, no es necesariamente un impedimento para la exigibilidad en los cuidados de salud y tampoco constituye un impedimento para el ejercicio de cualquier otro derecho subjetivo creado por ley. Finalmente, el autor indica la necesidad de una mayor comprensión de la expresión *un mínimo existencial* (*existenzminimum*).

ABSTRACT: *The author contextualizes the effects of the realities of public finances on the (legislative) creation and judicial review of healthcare for the elderly. He establishes the relationship between economic factors and the conflicts arising out the claims and expectations of individuals, on the one hand, and the healthcare provided for by law, the public budget and administrative procedures. The author considers that the lack of financial resources and budgetary resources, while threatening to impose limitations on the judicial protection of such rights, is not necessarily an obstacle to the enforceability of healthcare rights, nor does it prevent the exercise of any other subjective rights created by law. Finally, the author points out the need for a better understanding of the expression an existential minimum (existenzminimum).*

Palabras clave: cuidados de salud para los ancianos, derecho a la salud, derechos fundamentales, derechos humanos internacionales, mínimo existencial, presupuesto público.

Keywords: *Healthcare for the Elderly, Right to Health, Fundamental Rights, International Human Rights, Existential Minimum, Public Budget.*

* Artículo recibido el 18 de junio de 2013 y aceptado el 10 de febrero de 2014.

** Adaptación del texto de la conferencia “Elderly Healthcare in the Face of Budget Constraint”, ofrecida en la University of Reading, Reino Unido, el 25 de julio de 2013.

*** Juez federal del Tribunal Regional Federal de la 2a. Región (Río de Janeiro) y coordinador de posgrados de la Escuela de la Magistratura Regional Federal. El autor agradece por la revisión a la traducción a Ivonne Nohemí Díaz Madrigal, licenciada en derecho por la UNAM.

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLVII, núm. 140,
mayo-agosto de 2014, pp. 547-584.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *¿Los cuidados de salud son derechos fundamentales?* III. *¿Son derechos fundamentales los cuidados de salud para los ancianos?* IV. *¿Los derechos sociales fundamentales son absolutos?* V. *Los derechos a los cuidados de la salud sustantivos y procedimentales.* VI. *El impacto de la realidad financiera del poder público en las políticas de salud: legislación; presupuesto público; gestión de la salud pública.* VII. *Los conflictos que involucran los cuidados de salud provenientes de la insuficiencia de recursos financieros públicos.* VIII. *La ejecución forzosa de decisiones judiciales, por parte de las autoridades públicas de salud, y sus limitaciones frente a la insuficiencia de recursos financieros.* IX. *El mínimo existencial concerniente a aspectos procedimentales del derecho a la salud.* X. *El mínimo existencial concerniente a aspectos sustantivos del derecho a la salud.* XI. *El mínimo existencial concerniente a los cuidados de salud para los ancianos.* XII. *Consideraciones finales.*

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad y de manera frecuente se invoca la relación entre recursos presupuestales y derecho a los cuidados de salud.

A propósito de esto, en junio de 2013, Brasil fue palco de manifestaciones populares como nunca antes se habían visto. La base de las reclamaciones en el momento —apartidistas— eran los derechos sociales y los servicios públicos esenciales los cuales no responden más a las expectativas de la sociedad brasileña, especialmente la prestación del servicio público de salud.¹ En su defensa el gobierno federal alegó la falta de recursos financieros para atender aquellas “explosivas” demandas.

Tratándose del servicio de salud para los ancianos, las dificultades financieras se elevan potencialmente,² ya que se tiene una población en

¹ Abraham, Marcus, “Derecho como herramienta fundamental de transformación social”, *Consultor Jurídico*, 4 julio de 2013, disponible en <http://www.conjur.com.br/2013-jul-03/marcus-abraham-direito-ferramenta-fundamental-trasformacao-social#autores> (consultada el 18 de julio de 2013); Sabine Righetti, “Protestas por la salud pública ‘entierra’ Dilma y ministros y crítica al gobierno”, *Folha de São Paulo*, San Paulo, 10 de octubre de 2013, disponible en <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/cotidiano/119355-protesto-pela-saude-publica-enterra-dilma-e-ministros-e-critica-governo.shtml> (consultada el 10 de octubre de 2013); *Manifestación por más transporte, salud y educación*, San Paulo, Valor Económico, 19 de junio de 2013, disponible en <http://www.valor.com.br/politica/3167272> (consultada el 11 de octubre de 2013).

² En Brasil, sólo en el año de 2011, el SUS gastó por medicamentos para personas ancianas una suma aproximada de R\$ 701.391.688,66, disponible en <http://www2.datasus.gov.br/DATASUS/index.php> (consultada el 11 de octubre de 2013). Hasta el año 2030, la pre-

constante crecimiento y con una alta expectativa de vida,³ que reclama cuidados específicos en mayor extensión y en proporción directa a las evoluciones tecnológicas.⁴

Es preciso recordar la reciente y polémica declaración del ministro de Finanzas de Japón, país que ocupa la tercera posición en la economía global, cuando pidió a los ancianos de su país “que se apresurasen a morir” para aliviar la carga fiscal de los japoneses en la asistencia médica:

Él reclamó de las unidades de reanimación y de los tratamientos para prolongar la vida, diciendo que se sentiría mal si lo ayudasen a prolongar su vida, aún más sabiendo que estos tratamientos los paga el Estado. En una reunión del Consejo Nacional de Seguridad Social sobre las reformas que avanzan para reducir la carga fiscal, dijo que el problema sólo se resolverá si los dejamos morir, y rápidamente. “Hablo sobre aquello que creo personalmente, es decir, que es importante no prolongar la vida con tratamientos y pasar los últimos días de la vida en paz”. Casi un cuarto de la población de Japón, 128 millones de habitantes, tiene más de 60 años. Se estima que la proporción aumentará cerca del 40% en los próximos 50 años, anota el periódico bri-

visión de gastos suman R\$ 63,5 billones, disponible en <http://www.canal.fiocruz.br/destaque/index.php?id=859> (consultada el 11 de octubre de 2013).

³ “La población mundial está envejeciendo, impresionantemente, a una velocidad constante. El número total de personas con 60 años de edad o más, subió de 200 millones en 1950 a 400 millones en 1982 y está proyectado para alcanzar 600 millones en el año de 2001 y 1,2 billones para el año 2025, en cuyo momento más del 70% de estos estarán viviendo en los países que son hoy los países en desarrollo. El número de personas con 80 años de edad o más crece y continúa creciendo aún más drásticamente, pasando de 13 millones en 1950 para más de 50 millones hoy y con una proyección de crecimiento de 137 millones para el 2025. Este es el grupo poblacional de crecimiento más rápido en el mundo, proyectado para aumentar en un factor de 10 entre 1950 y 2025, comparado con un factor de seis para el grupo de 60 años de edad o más y un factor de poco más de tres para la población total”. ONU [Alto Comisariado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos], *General comment 6: the economic, social and cultural rights of older persons*. Ginebra, 1995, disponible en <http://www.unhchr.ch/tib/doc.nsf/0/482a0aced8049067c12563ed005acf9e> (consultada el 11 de octubre de 2013). Conforme a los datos del IBGE, en 2003, existían 16.022.231 ancianos en Brasil, lo que correspondía a un 9,3% de la población; en 2009, pasaron a 21.736.304 ancianos, equivalente al 11,3% de la población (Síntesis de Indicadores Sociales, disponible en http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/pesquisa_resultados.php?id_pesquisa=47 (accesada el 9 de enero de 2014).

⁴ Véase Peláez, Martha B. y Lues, Marcela Ferrer, “Salud pública y los derechos humanos de los adultos mayores”, *Acta bioeth*, Santiago, núm. 1, vol. 7, 2001.

tánico. El aumento de los gastos sociales, principalmente para los ancianos, representó el año pasado un aumento de impuestos sobre consumo del 10%.⁵

¿Pero realmente el presupuesto público constituye un límite a los cuidados de salud y, en especial, a los cuidados de los ancianos?

Según la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos,

Generalmente el argumento es el de que los Estados que no pueden proveer este derecho no están obligados a adoptar medidas para el cumplimiento de éste o pueden postergar el cumplimiento de sus obligaciones indefinidamente. Cuando se considera el nivel de implementación de este derecho en un Estado particular, la disponibilidad de recursos en determinado momento y el contexto de desarrollo se ponen en consideración. Sin embargo, ningún Estado puede justificarse usando el argumento de la falta de recursos desentendiéndose de sus obligaciones. Los Estados deben garantizar el derecho a la salud hasta el límite máximo de sus recursos disponibles, también si estos son escasos. Aun cuando las medidas puedan depender del contexto específico, todos los Estados deben actuar en el sentido de dar cumplimiento a sus obligaciones; respetándolas, protegiéndolas y observándolas.⁶

Sin embargo, podemos contemplar aspectos diferentes que se deben previamente considerar. ¿Se pueden considerar los cuidados de salud como derechos fundamentales, como un derecho social fundamental absoluto? ¿Es importante distinguir el derecho a los cuidados de salud desde el punto de vista sustantivo y procedimental? ¿Cuál es el impacto de la realidad financiera del poder público en las políticas de salud? ¿De qué manera se pueden manifestar los conflictos que tocan los cuidados de salud en presencia de la insuficiencia de recursos públicos? ¿Cómo asegurar la ejecución forzosa de sentencias ante el agotamiento financiero de las

⁵ “El Ministro de finanzas japonés, Taro Aso, sobre los ancianos: «Que se den prisa y se mueran». *20MINUTOS.ES*, España, 22 enero de 2013, disponible en <http://www.20minutos.es/noticia/1707874> (consultada el 11 de octubre de 2013). Sobre temas semejantes, véase Gandra, Alana, “Cambios demográficos aumentarán demandas por Bienestar Social y Salud”, *Agência Brasil*, Brasilia, 14 de agosto de 2013, disponible en <http://agenciabrasil.ebc.com.br/noticia/2013-08-14/mudancas-demograficas-aumentarao-demandas-por-previdencia-social-e-saude> (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁶ Organización de las Naciones Unidas (ONU), “The Right to Health”, *Fact Sheet*, núm. 32, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> (consultada el 11 de octubre de 2013).

autoridades sanitarias? ¿En qué consiste el mínimo existencial *Existenzminimum* respecto al derecho a la salud en los aspectos sustantivo y procedimental? ¿Habría determinaciones específicas frente al mínimo existencial en lo concerniente a los cuidados de salud para los ancianos?

II. ¿LOS CUIDADOS DE SALUD SON DERECHOS FUNDAMENTALES?

1. *Fundamento internacional*

La comunidad internacional es contundente: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene el derecho de disfrutar del más alto nivel posible de salud para que pueda vivir dignamente”.⁷

Efectivamente, la disposición jurídica internacional, regional y nacional, en general, nos permite tratar los cuidados a la salud como un derecho social fundamental.

En el ámbito internacional, se destaca el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, en cuyo artículo 12 se prevé que:

1. Los Estados signatarios del presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que se deben adoptar por los Estados Signatarios del Pacto con el fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figuran aquellas necesarias para: a) la reducción de la mortalidad infantil y del índice de mortalidad neonatal, así como el desarrollo sano de los niños; b) certificación de competencias en seguridad e higiene de trabajo y del medio ambiente; c) la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de cualquier otro tipo, y la lucha contra ellas, d) la creación de condiciones que garanticen, a todos, asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.⁸

⁷ ONU, *General comment 14: the right to the high est attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Ginebra, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2000, disponible en [http://www.unhcr.ch/ibs/doc.nsf/\(symbol\)/E.C.12.2000.4.En](http://www.unhcr.ch/ibs/doc.nsf/(symbol)/E.C.12.2000.4.En) (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁸ Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y ratificado por Brasil el 24 de enero de 1992, *BRASIL* www.planalto.gov.br/ccivil_03/de

El derecho a la salud se reconoce igualmente en la Convención Internacional sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 (artículo 5o., y, IV),⁹ en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979 (artículo 11.1, f, y artículo 12)¹⁰ y en la Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989 (artículo 24 d).¹¹

creto/1990-1994/D0591.htm (consultada el 10 octubre de 2013). Son tratados relacionados con el derecho a la salud: Convención núm. 29 relativa al trabajo forzado u obligatorio de 1930; Brasil. Decreto núm. 41.721, del 25 de junio de 1957; Carta de las Naciones Unidas de 1945; Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio de 1948; Convención para la Supresión del Tráfico de Personas y de la Explotación de la Prostitución de Octubre de 1949; Convención de Ginebra para aliviar la suerte de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña de 1949; Convención de Ginebra para aliviar la suerte de los miembros heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar de 1949; Convención de Ginebra relativa al Trato a los Prisioneros de Guerra de 1949; Convención de Ginebra relativa a la Protección de Personas Civiles en Tiempos de Guerra de 1949; Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra relativa a la protección de las víctimas de los Conflictos Armados internacionales - Protocolo I, 1977; Protocolo Adicional a la Convención de Ginebra relativa a la Protección de las víctimas de los Conflictos Armados no Internacionales - Protocolo II, 1977; Convención sobre el Estatuto de refugiados de 1951; Convenio núm. 105, sobre la Abolición del Trabajo Forzado de 1957; Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial de 1965; Pacto internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966; Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres de 1979; Convención contra la tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes de 1984; Convención sobre los Derechos de los Niños de 1989; Convenio núm. 169 sobre los Pueblos Indígenas y tribales en países independientes de 1989; Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de los miembros de sus familias de 1990; Convenio núm. 182 sobre las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación de 1999; Convenio núm. 183 sobre la Protección a la Maternidad de 2000.

⁹ Brasil. Decreto núm. 65.810, del 8 de diciembre de 1969. Promulga la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, disponible en http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/legis_intern/conv_int_eliminaacao_disc_racial.htm (consultada el 11 de octubre de 2013).

¹⁰ Brasil. Decreto núm. 4.316, 30 de julio de 2002. Promulga el Protocolo Facultativo a la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer, disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/D4316.htm (consultada el 11 de octubre de 2013).

¹¹ Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), Convenio sobre los Derechos de los niños de 1989, disponible en http://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm (consultada el 11 de octubre de 2013).

Diferentes declaraciones y recomendaciones internacionales asocian los cuidados de salud a derechos fundamentales, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en su artículo 25, § 1o., que dice:

Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, cuidados médicos y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias involuntarias.¹²

A propósito de esto, una revisión de la referida Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 demuestra que la mayoría de los derechos y libertades que ahí se incluyen son componentes y determinantes de la salud.¹³

¹² La Declaración Universal de los Derechos Humanos se proclamó por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948, a través de la Resolución 217 A (III) de la Asamblea General, disponible en http://unicrio.org.br/img/DeclU_D_HumanosVersoInternet.pdf (consultada el 15 de octubre de 2013). Son declaraciones internacionales relacionadas con el derecho a la salud: Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948; Declaración sobre la Utilización del Progreso Científico y Tecnológico en Interés de la Paz y en Beneficio de la Humanidad de 1975; Declaración sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 1975; Principios de Ética Médica aplicables a la función del personal de la salud, principalmente médicos, en la protección de presos y detenidos contra la tortura y otros tratamientos crueles, inhumanos o degradantes de 1982; Declaración sobre el Derecho al Desarrollo de 1986; Principios para la Protección de los Enfermos Mentales y Mejoría en los Cuidados de Salud Mental de 1991; Principios de las Naciones Unidas para los Ancianos de 1991; Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales, Étnicas, Religiosas y Lingüísticas de 1992; Normas sobre la necesidad equiparar las oportunidades para personas con deficiencia de 1993; Brasil. Decreto núm. 3.956, del 8 de octubre de 2001; Declaración sobre la Eliminación de la Violencia Contra las Mujeres de 1993; Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos de 1997; Declaración sobre el Derecho y la Responsabilidad de los Individuos, Grupos e Instituciones para Promover y Proteger los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales Universalmente Reconocidos de 1998; Principios Orientadores relativos a los Desplazados Internos de 1998; Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid, 2002.

¹³ Véase Peláz, Martha B. y Lues, Marcela Ferrer, "Salud pública y los derechos humanos de los adultos mayores", *Acta Bioeth*, Santiago, núm. 1, vol. 7, 2001, disponible

De igual forma, debe destacarse la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 1946,¹⁴ para indicar que el beneficio del grado máximo de salud que se pueda conseguir es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano.

2. Normas regionales de derechos humanos

En el escenario regional, se pone énfasis en los sistemas de derechos humanos americano, europeo, africano e islámico.¹⁵

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en el artículo 11, prevé que “toda persona tiene derecho a que su salud sea garantizada por medidas sanitarias y sociales relativas a la alimentación, ropa, habitación y cuidados médicos correspondientes al nivel permitido por los recursos públicos y los de la colectividad”.¹⁶

A su vez, el Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”, de 1988 dice:

en <http://dx.doi.org/10.4067/S1726-569X2001000100011> (consultada el 11 de octubre de 2013).

¹⁴ La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, realizada en Nueva York, del 19 de junio al 22 de julio de 1946, siendo suscrita por los representantes de 61 Estados (*Off. Rec. Wld Hlth Org; Actes off. Org. mond. Santé*, 2, 100), entrando en vigor el 7 de abril de 1948. Las reformas adoptadas por las 26a., 29a., 39a. y 51a., Asambleas Mundiales de Salud (Resoluciones WHA26.37, WHA29.38, WHA39.6 y WHA51.23), que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente, fueron incorporadas al presente texto.

¹⁵ Otros instrumentos regionales de derechos humanos con relación al derecho a la salud: Convención Interamericana para prevenir y punir la tortura, de 1985; Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos referente a la abolición de la pena de muerte, de 1990; Carta Africana sobre los Derechos y bienestar de los niños, de 1990; Convención Interamericana para prevenir, punir y erradicar la violencia contra la mujer, “Convención de Belén de Pará”, de 1994; Brasil. Decreto núm. 1.973, 1o. de agosto de 1996; Carta Árabe de los Derechos Humanos de 1994; Convención para la protección de los Derechos Humanos y de la dignidad del ser humano respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina: Convención Europea de los Derechos del Hombre y la Biomedicina de 1997; Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas portadoras de deficiencias de 1999.

¹⁶ Conferencia Internacional Americana, *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*, Bogotá, OEA, IX, 1948, disponible en http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm (consultada el 11 de octubre de 2013).

1. Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el goce del más alto nivel de bienestar físico, mental y social; 2. Con el fin de tornar efectivo el derecho a la salud, los Estados Partes se comprometen a reconocer la salud como un bien público y, especialmente, a adoptar las siguientes medidas para garantizar este derecho: a. Atención primaria de salud, entendiéndose como tal la asistencia médica esencial puesta al alcance de todas las personas y familias de la comunidad; b. Extensión de los beneficios de los servicios de salud a todas las personas sujetas a la jurisdicción del Estado; c. Total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d. Prevención y tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra naturaleza; e. Educación de la población sobre la prevención y el tratamiento de los problemas de la salud; y f. Satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que, por su situación de pobreza, sean más vulnerables.¹⁷

En Europa, la Carta Social Europea de 1996, en su artículo 11, sobre el derecho a la protección de la salud, dispone:

Con vista a asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la protección de la salud, las partes Contratantes se comprometen a tomar, ya sea directa, como en cooperación junto con organizaciones públicas y privadas, medidas apropiadas tendientes: 1) A eliminar, en la medida de lo posible, las causas de una salud deficiente; 2) A establecer servicios de consulta y de educación en lo concerniente a mejorar la salud y el desarrollo del sentido de responsabilidad individual en materia de salud; 3) A evitar, en la medida de lo posible, las enfermedades epidémicas, endémicas y otras.¹⁸

En el mismo sentido, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de 2007, artículo 35, dice:

Todas las personas tienen derecho a acceder a los programas de prevención en materia de salud y a beneficiarse de cuidados médicos, de acuerdo con las legislaciones y prácticas nacionales. Al definir y ejecutar todas las políticas y

¹⁷ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” de 1988, disponible en http://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm (consultada el 15 de octubre de 2013).

¹⁸ Consejo de Europa, “Carta Social Europea”, Estrasburgo, 1996, disponible en <http://www.dhnet.org.br/derechos/sip/euro/7.htm> (consultada el 11 de octubre de 2013).

acciones de la Unión, se debe asegurar un elevado nivel de protección a la salud humana.¹⁹

La Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, en su artículo 16, § 1o.:

Toda persona tiene derecho a gozar del mejor estado, que se pueda alcanzar, de salud física y mental. § 2o. Los Estados Partes en la presente Carta se comprometen a tomar las medidas necesarias para proteger la salud de sus poblaciones y para asegurarles asistencia médica en caso de enfermedad.²⁰

Finalmente, la controvertida Declaración del Cairo sobre los Derechos Humanos en el Islam de 1993, artículo 17, “b”, prevé que “Todas las personas tendrán derecho a los cuidados médicos y sociales, y a todos los servicios públicos ofrecidos por la sociedad y el Estado dentro de los límites de sus recursos disponibles”.²¹

3. *Constituciones nacionales*

Según Hogerzeil *et al.*,

La mayoría de los países en el mundo se adhirió o ratificó al menos un pacto o tratado internacional o regional que confirmó el derecho a la salud. Por ejemplo, más de 150 países se adhirieron como Estados partes al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, y 83

¹⁹ La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue “proclamada solemnemente” por el Parlamento Europeo, por el Consejo de la Unión Europea y por la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000. Una versión adaptada de la Carta fue proclamada el 12 de diciembre de 2007, en Estrasburgo, frente a la firma del Tratado de Lisboa, disponible en <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2007:303:0001:0016:pt:PDF> (consultada el 15 de octubre de 2013).

²⁰ Organización de la Unidad Africana, *Carta Africana de Derechos Humanos e dos Povos*, Banjul, 1981, disponible en <http://dhnet.org.br/derechos/sip/afrika/banjul.htm> (consultada el 11 de octubre de 2013).

²¹ ONU, *Declaração de Cairo sobre os Direitos Humanos no Islão*, Cairo, 1993, disponible en <http://www.arabhumanrights.org/publications/regional/islamic/cairo-declaration-islam-93e.pdf> (consultada el 15 de octubre de 2013).

firmaron tratados regionales. Más de 100 países incorporaron el derecho a la salud en sus constituciones nacionales.²²

En un panorama nacional no fueron pocos los países que incorporaron en sus constituciones el derecho a la salud.²³

La Constitución Federal brasileña, en su artículo 196, dispone que “La salud es derecho de todos y deber del Estado, que se garantiza mediante políticas sociales y económicas que buscan la reducción del riesgo de enfermedad y de otros daños y el acceso universal e igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación”.²⁴

La Constitución de Portugal, en su artículo 64, dispone sobre los cuidados de salud:

Todos tienen derecho a la protección de la salud y el deber de defenderla y promoverla. El derecho de protección a la salud se realiza... a través de un servicio nacional de salud universal y general, teniendo en cuenta las

²² Hogerzeil *et al.*, “Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts?”, *The Lancet*, vol. 368, pp. 305-311, 22 julio de 2006, disponible en http://www.who.int/medicines/news/Lancet_EssMedHumanRight.pdf (consultada el 21 de octubre de 2013).

Sobre los países que se tornaron Estados parte del PIDESC, véase el texto “Países signatarios del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, ONU, Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en http://treaties.un.org/untc/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en#2 (consultada el 11 de octubre de 2013).

²³ Por ejemplo, Constitución de Argentina, artículo 42, artículo 75, XXII; Constitución de Austria, artículo 12 (1), 1, artículo 10; Constitución de Chile, artículo 19, IX; Constitución de China, artículo 21, artículo 45, artículo 70, artículo 89, artículo 107, artículo 111, artículo 119; Constitución de Colombia, artículo 49, artículo 50, artículo 64, artículo 300, X, artículo 366; Constitución de Costa Rica, artículo 46; Constitución de Cuba, artículo 43, artículo 44, artículo 50, artículo 103, artículo 104, artículo 105, “h”, artículo 106, “h”; Constitución de Finlandia, §. 19; Constitución de Japón, artículo 25; Constitución de México, artículo 2, “b”, III, artículo 4o., artículo 122; Constitución de Suiza, artículo 41, “b”, artículo 117, artículo 118, artículo 118b, artículo 119a; Constitución de Venezuela, artículo 83, artículo 84, artículo 85, artículo 86, artículo 122, artículo XXIII y XXIV, artículo 184, I.

²⁴ Brasil, Constitución de la República Federal de Brasil, del 05 de octubre de 1988, disponible en https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm (consultada el 11 de octubre de 2013).

condiciones económicas y sociales de los ciudadanos, con propensión a la gratuidad.²⁵

La Constitución de los Países Bajos, en su artículo 22, garantiza el derecho a una buena asistencia. Todos aquellos que viven y/o trabajan en los Países Bajos deben tener el seguro de salud básico, sin embargo, los demás tendrán derecho a los cuidados básicos (aunque estén infringiendo la legislación). Este servicio es monitoreado por el *Healthcare Insurance Board*.²⁶

Una de las excepciones corre por cuenta del Reino Unido y de Estados Unidos, donde no se prevé en la Constitución ni en la legislación un derecho a la salud.²⁷ Es claro que en estos sistemas, típicos de libertades negativas, prevalece la noción de que los derechos fundamentales autorizan solamente derechos procedimentales a políticas públicas de salud.²⁸ El *UK Human Rights Act* orienta las instituciones vinculadas al *National Health Service - NHS*, especialmente a partir de los principios del derecho a la vida, a la dignidad y a la privacidad, sin embargo no se extrae de ellos la correspondencia con el derecho a medicamentos, servicios y productos de salud en cualquier circunstancia.²⁹ En Estados Unidos, los sistemas de

²⁵ Portugal, Constitución de la República Portuguesa, 25 de abril de 1976, disponible en <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx> (consultada el 11 de octubre de 2013).

²⁶ Hogerzeil et al., *Is access to essential medicines as part of the fulfilment of the right to health enforceable through the courts?*, cit.

²⁷ *The United States constitution does not provide for affirmative rights, however, several State constitutions include such provisions. Despite scholarly calls for State courts to enforce affirmative rights, State courts have not taken the opportunity to review State constitution welfare provisions.* Pascal, Elizabeth, *Welfare Rights in State Constitutions*, Nueva York, Rutgers L. J., 2008, pp. 863, 869-870, disponible en http://org.law.rutgers.edu/publications/lawjournal/issues/39_4/04PascalVol.39.4.r_1.pdf (consultada el 15 de octubre de 2013).

²⁸ Sobre derechos procedimentales (adjetivos) y derechos sustantivos, véase el capítulo 5 de este artículo. Anota Mark Tushnet hay una tendencia a no considerar justiciables los derechos sociales y económicos [*welfare rights*] apartados del núcleo de las necesidades básicas, de los intereses fundamentales o de los derechos sustantivos fuertes. Tushnet, Mark, "Social Welfare Rights and the Forms of Judicial Review", *Texas Law Review*, Austin, núm. 7, vol. 82, pp. 1985-1919, 2004; *apud* Torres, Ricardo Lobo, *O derecho ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 133.

²⁹ Equality and Human Rights Group, *Human Rights in Healthcare – a short introduction*, London, DH Publications Orderline, 2008, disponible en <http://www.bih.org.uk/sites/default/files/Human%20rights%20in%20healthcare%20-%20short%20introduction.pdf> (consultada el 11 de octubre de 2013).

salud siempre fueron predominantemente privados, con las excepciones del *Medicare* y del *Medicaid* y, actualmente, del *Affordable Care Act – ACA*, que sufren la mayor injerencia del poder público en la asistencia a la salud.³⁰

III. ¿SON DERECHOS FUNDAMENTALES LOS CUIDADOS DE SALUD PARA LOS ANCIANOS?

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), en su artículo 17 dispone que toda persona tiene derecho a una protección especial en la vejez y que los Estados deben, progresivamente, proporcionarles asistencia médica especializada.

De la misma manera, es necesario señalar que

por definición, los derechos humanos son universales. En virtud del alcance universal de todos los derechos, toda la gama de patrones y principios de derechos humanos internacionalmente reconocidos, como consta en el contenido de los tratados de derechos humanos internacionales, incluye y protege, de igual manera, a los ancianos.³¹

Los Pactos sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) incluyen disposiciones altamente relevantes para la protección de los derechos humanos de los ancianos, como los derechos a la salud, a un nivel de vida adecuado, a la prohibición de la tortura, a la capacidad legal y a la igualdad frente a ley.³² Otros instrumentos, como la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Internacional sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CERD), también contiene disposiciones que son aplicables a los ancianos dentro de sus fines relevantes. La Convención Internacional de Protección de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y miembros

³⁰ Véase Souza, Mariana y Rodrigues Kelly, *Princípio da universalidade: efeitos da reforma introduzida pelo Affordable Care Act*, Niterói, UFF, 2012.

³¹ ONU, *International Standards and Principles*, disponible en <http://www.ohchr.org/EN/Issues/OlderPersons/Pages/InternationalStandards.aspx> (consultada el 11 de octubre de 2013).

³² *Idem*.

de sus familias (ICMW), artículo 7o., incluye la “edad” en la lista de consideraciones prohibidas para la discriminación.³³

De los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas ancianas, aprobados por la Asamblea General de la ONU,³⁴ se destacan las siguientes directrices:

10. Los ancianos deben beneficiarse de los cuidados y protección de la familia y de la comunidad de conformidad con el sistema de valores culturales de cada sociedad. 11. Los ancianos deben tener acceso a los cuidados de salud que los ayuden a mantener o a readquirir un nivel ideal de bienestar físico, mental y emocional y para prevenir o retardar el surgimiento de enfermedades. 12. Los ancianos deben tener acceso a los servicios sociales y jurídicos para mejorar su autonomía, protección y cuidados. 13. Los ancianos deben tener facilidad para utilizar los medios adecuados de asistencia institucional que les proporcione protección, rehabilitación y estímulo social y mental en una atmósfera humana y segura. 14. Los ancianos deben tener la posibilidad de gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales cuando residan en albergues o refugios, instituciones de asistencia o tratamiento, incluyendo un amplio respeto a su dignidad, creencias, necesidades y privacidad, y del derecho a tomar decisiones sobre su propio cuidado y la calidad de sus vidas.³⁵

El Plan de Acción Internacional contra el Envejecimiento, que fue aprobado por la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, realizada en Madrid, 2002 y promovida por la ONU, establece en su artículo 14 que los participantes se comprometen a “proporcionar a los ancianos acceso universal y en condiciones de igualdad a la atención médica y a los servicios de salud, tanto servicios de salud física como mental, y reconocemos que van en aumento las necesidades de una población que está envejeciendo, por lo que es preciso adoptar nuevas políticas, en par-

³³ *Idem.*

³⁴ La Resolución núm 46, del 16 de diciembre de 1991, se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas, disponible en <http://www.un.org/documents/ga/res/46/a46r091.htm> (consultada el 15 de octubre de 2013).

³⁵ *Idem.*

ticular en materia de atención y tratamiento, promover medios de vida saludables y entornos propicios”.³⁶

Se destaca, de igual manera, el documento desarrollado por la Oficina del Alto Comisariado para los Derechos Humanos de la ONU, titulado *Human rights of older persons: International Principles and Standards* con motivo de la Reunión del Grupo de Especialistas realizada el 25 y 26 de mayo de 2010.³⁷

De la misma manera y coincidiendo en la idea, según la cual los derechos de los ancianos son derechos fundamentales, se registran los siguientes documentos: *The Committee on the Elimination of Discrimination against Women - CEDAW General Recommendation Núm. 27 on older women and protection of their human rights*; *The Committee on Economic, Social and Cultural Rights - CESCR, General Comment Núm. 6 on the economic, social and cultural rights of older persons*; *The CESCR, General Comment Núm. 19 on the right to social security*.³⁸

IV. ¿LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES SON ABSOLUTOS?³⁹

Los derechos fundamentales tienen un ámbito de protección amplio, a pesar de sujetarse a restricciones proporcionales y constitucionalmente justificables.⁴⁰ Las restricciones a los derechos fundamentales sociales ocurren ante una omisión o una actuación tímida del poder público que, al mismo tiempo, debe ser proporcional y estar apoyada en fundamentos constitucionales.⁴¹

El contenido esencial de un derecho social fundamental, afianzado en el principio de la dignidad de la persona humana, se confunde con el

³⁶ Disponible en <http://www.saudeidoso.iciet.fiocruz.br/pdf/PlanodeAcao%20Internacionalpa ra%20oEnvelhecimentodaONU.pdf> (consultada el 9 de enero de 2014).

³⁷ ONU, *Human rights of older persons: International human rights principles and standards*, cit.

³⁸ *Idem*.

³⁹ Capítulo adaptado de mi artículo, “¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?”, *Revista de Derecho Administrativo Contemporáneo – REDAC*, San Paulo, RT, vol. 2, noviembre de 2013, pp. 163-185.

⁴⁰ Silva, Virgílio Afonso da, *Derechos fundamentales*, 2a. ed., San Paulo, Malheiros, 2011, pp. 74, 75, 154.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 77 y 78.

mínimo existencial *Existenzminimum*,⁴² cuyo ámbito de protección es consecuencia lógica de la aplicación de la regla de proporcionalidad en el caso concreto (este no se limita necesariamente a situaciones individuales, sino también a las colectivas).⁴³

Según Alexy, “las restricciones que respeta la máxima de proporcionalidad no viola la garantía del contenido esencial aun cuando, en el caso concreto, no reste nada del derecho fundamental” y, en el caso específico del derecho al mínimo existencial, en los derechos sociales, “las ponderaciones pueden conducir, en circunstancias distintas, a derechos definitivos distintos”.⁴⁴

Partiendo de una premisa diferente, la de que los derechos fundamentales contienen un soporte fáctico reducido y, con esto, el *mínimo* tendría un carácter absoluto,⁴⁵ frente a la dignidad humana, poca o ninguna discrecionalidad se le puede conferir al legislador infraconstitucional.

Sin embargo, no ha sido nunca una tarea fácil comprender el *mínimo*. A propósito, Pieroth/Schlink observan que

La cuestión de entender hasta dónde va la responsabilidad del Estado social, bajo el aspecto de la dignidad de la persona humana, se vincula específicamente a los modelos y a la riqueza de una sociedad; si la jurisprudencia ha-

⁴² Según Celine Fercot, el derecho al mínimo puede tener diferentes fundamentos: la dignidad de la persona humana, de forma autónoma, como en Israel, y vinculada al Estado social, como por ejemplo en Alemania y Colombia. De igual manera menciona cómo en India, el derecho al mínimo proviene directamente del derecho a la vida, o el que proviene del derecho a la vida asociados a la dignidad, como en el derecho sudafricano. Fercot, Celine, “Le juge et le droit au minimum. Les ambiguïtes du droit à des conditions minimales d’existence en droit comparé”, in Roman, Diane (org.), *Droits des pauvres, pauvres droits?*, Paris, Centre de Recherches sur les Droits Fondamentaux (CREDOF), Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2010, pp. 239-243, disponible en http://www.droits-sociaux.u-paris10.fr/assets/files/rapport_final/Justiciabilité_droits_sociaux_rapport_final.pdf (consultada el 18 de enero de 2013).

⁴³ En la reserva de lo posible se manifiesta el principio de la proporcionalidad en el ámbito del presupuesto del Estado. Kirchof, F., “Umfassende Staatsgewalt mit begrenzten Mitteln”, in Isensee, J. and Kirchhof, P., *Handbuch des Staatsrecht*, Heidelberg, § 99, vol. V., 2007; Silva, *Derechos fundamentales*, cit., pp. 197, 204; Alexy, Robert, *Teoría dos derechos fundamentais*, trad. de Virgílio Afonso da Silva, San Paulo, Malheiros, 2008, pp. 297 y 298.

⁴⁴ Alexy, *Teoría dos derechos fundamentais*, cit., pp. 297, 513.

⁴⁵ Alexy apunta que el Tribunal Constitucional Federal alemán tiene precedentes en el sentido de la naturaleza absoluta del núcleo esencial, *Ibidem*, pp. 298-301.

bla sobre el mantenimiento del mínimo existencial, este criterio depende del tiempo y de la situación.⁴⁶

De acuerdo con una reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 2010,⁴⁷ los ciudadanos tienen *derecho* a los presupuestos materiales indispensables a su existencia física (alimentación, vestuario, artículos domésticos, habitación, calefacción, saneamiento y salud) y a un mínimo de participación en la vida social, cultural y política, porque el ser humano, como persona, está necesariamente inserto en las relaciones sociales.⁴⁸

Según la misma decisión judicial, el *mínimo* debe corresponder al nivel de desarrollo de la comunidad y a las condiciones de vida existentes, sujetos a que se realice una actualización continua, donde reside el único margen de maniobra de la ley, lo que, y aun así, no aparta del poder público el deber de indicar de modo transparente y comprensible los demás gastos públicos y también de fundamentarlos con un método de cálculo confiable y consistente.⁴⁹

⁴⁶ Pieroth, Bodo y Schlink, Bernhard, *Derechos fundamentales*, San Paulo, Saraiva, 2012. p. 172.

⁴⁷ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. j, 9 de febrero de 2010, disponible en http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/ls20100209_1bv1000109.html (consultada el 23 abril de 2013).

⁴⁸ Karl-Peter Sommermann indica que con anterioridad a la decisión del Tribunal Constitucional Federal (BVerfG 9 febrero de 2010) “recurrentes conseguían en varios casos una extensión de prestaciones basándose en una violación al principio de igualdad, alegando que el grupo al que pertenecen consigue menos prestaciones que otro, sin que haya justificación por el trato desigual”. Sin embargo, ahora se extrae directamente de la Constitución el derecho al mínimo, a pesar de que el sustento de la prestación continúe siendo una ley y que ante su ausencia, constituye una omisión constitucional. Véase Sommermann, Karl-Peter, “Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte?”, en Calliess, Christian *et al.* (orgs.), *Rechtsstaatlichkeit, Freiheit und soziale Rechte in der Europäischen Union*, 2013.

⁴⁹ Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09. J, 9 de febrero de 2010, *cit.*

V. LOS DERECHOS A LOS CUIDADOS DE LA SALUD SUSTANTIVOS Y PROCEDIMENTALES⁵⁰

Como se sabe, el derecho subjetivo puede entenderse bajo el aspecto sustantivo y adjetivo, en la medida en que este último se destina a garantizar la realización práctica del derecho sustantivo.⁵¹ Actualmente es indiscutible que los medios necesarios a la concreción del derecho sustantivo integran, de forma autónoma, la estructura de un derecho subjetivo propio, esto es, un derecho adjetivo (procedimental).

En el ámbito de los derechos fundamentales, también aparece este enfoque, que en la conexión entre derechos fundamentales, organización y procedimiento se conoce como el *due process* de los derechos fundamentales (relacionado con el perfil procedimental de las libertades constitucionales) y frecuentemente considerado un medio, o el único medio, para la producción de resultados conforme con los derechos fundamentales.⁵²

En el mismo contexto, se insertan las políticas públicas, que designan de forma general la “coordinación de los medios a disposición del Estado, armonizando las actividades estatales y privadas a la realización de objetivos socialmente relevantes y políticamente determinados”⁵³ que, según Javier Barnes, comprende la tercera generación de los procedimientos administrativos, al lado de actos y normas elaborados en torno a las nuevas formas de gobierno.⁵⁴

En cuanto al papel condicionante en el ejercicio previo de un derecho adjetivo con el fin de satisfacer un derecho sustantivo frente a la Admi-

⁵⁰ Capítulo adaptado del artículo “¿La reserva de lo posible se constituye en un límite a la intervención jurisdiccional en las políticas públicas sociales?”. Perlingeiro, Ricardo, “¿La reserva de lo posible se constituye...”, *cit.*, pp. 163-185.

⁵¹ Falzea, Angelo, *Introduzione alle scienze giuridiche: il concetto del diritto*, 6a. ed., Milán, Giuffrè, 2008, p. 455.

⁵² Häberle, Peter, *Grundrechte im Leistungsstaat*, VVDStRL 30, 1972, p. 81, *apud* Robert Alexy, *cit.*, p. 470; Hesse, 1978, pp. 434 y 435, *apud* Alexy, *cit.*, p. 470.

⁵³ Barcellos, Ana Paula de, “La construcción de un mínimo existencial en materia de prestaciones de salud”, in Neto, Cláudio Pereira Souza y Sarmento, Daniel, *Derechos Sociales: Fundamentos, Judicialización y Derechos Sociales en Especie*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2008, p. 112.

⁵⁴ Barnes, Javier, “Tres generaciones de procedimiento administrativo”, en Aberastury, Pedro y Blanke, Hermann-Josef (orgs.), *Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*, Buenos Aires, Fundación Konrad Adenauer, 2012, pp. 119-164.

nistración, Hans Wolff *et al.* señalan que “los derechos materiales tienen que penetrar en el procedimiento y que los derechos fundamentales deben realizarse a través del procedimiento”.⁵⁵

Además, bajo esta orientación es que el Código modelo de jurisdicción administrativa para Euro-América, en su artículo 33, dispone que, “sin perjuicio en la obtención de medidas cautelares, no se puede solicitar una condena de hacer, dar o pagar una cuantía sin que se solicite previamente a la Administración Pública competente”,⁵⁶ lo que no se confunde con el recurso administrativo previo a la intervención jurisdiccional una facultad del interesado, el cual, entretanto, aun después de iniciarse, tampoco impide las medidas jurisdiccionales de urgencia en favor del propio interesado.⁵⁷

⁵⁵ Wolf, Hans J. *et al.*, *Derecho Administrativo*, trad. de Antonio F. de Souza, Lisboa, Fundación Calouste Gulbenkian, vol. 1, 2006, pp. 255, 490; Maurer, Hartmut, *Derecho administrativo alemán*, México, UNAM, 2012. p. 479.

⁵⁶ Universidad Federal Fluminense, *Código modelo de jurisdicción administrativa para Euro-América*, Niterói, 2010 (Texto elaborado durante el tercer seminario de investigaciones euro-americano “Código modelo de jurisdicción administrativa”, organizado por el Grupo de Investigación “Efectividad de la Jurisdicción” en la Universidad Federal Fluminense, Niterói, y en la Universidad Alemana de Ciencias de la Administración Pública, Speyer, entre los años 2008 y 2010, y aprobado en el III Seminario que se celebró en septiembre de 2010, en Niterói. Participaron en la elaboración: Pedro Aberastury, Hermann-Josef Blanke, Gabriele Bottino, David Capitant, Jesús María Casal, Diana-Urania Galleta, Ricardo García Macho, Leonardo Greco, Lorena Ossio, Gilles Pellissier, Ricardo Perlingeiro e Karl-Peter Sommermann). Con la misma orientación, el Sumario 2 del Tribunal Superior de Justicia (*No cabe el habeas data si no se presenta recusación de información por parte de la autoridad administrativa*). Respecto al procedimiento administrativo previo como condición para la tutela judicial en materia de beneficio social, se presenta una gran controversia en los tribunales brasileños, el tema en cuestión se encuentra actualmente pendiente en la búsqueda de uniformidad frente al Supremo Tribunal Federal (STF, Plenario, Repercusión General en el Recurso Extraordinario 631.240/MG, Rel. Min. Joaquim Barbosa, disponible en www.stf.jus.br (consultada el 18 de junio de 2013).

⁵⁷ Sobre la diferencia entre procedimiento administrativo previo y recurso administrativo previo, véase Gordillo, Agustín, “El procedimiento administrativo”, *Tratado de derecho administrativo*, 7a. ed., México, Porrúa, t. IV, 2004, pp. 106, 107, 116; Brewer-Carías, Allan R., *Principios del procedimiento administrativo en América Latina*, Bogotá, LEGIS, 2003, pp. 287, 294. Sobre el carácter facultativo del recurso administrativo, véase el artículo 53 del Código Modelo de Procesos Administrativos –Judicial y Extrajudicial– para Ibero-América, y el artículo 32 del Código Modelo de Jurisdicción Administrativa para Euro-América. En sentido contrario, en cuanto al recurso administrativo previo, dispone el artículo 217 § 1o. de la Constitución brasileña que los tribunales sólo admitirán demandas judiciales relativas a la disciplina y a las competiciones deportivas después de agotarse las instancias frente a la

El mandato que se espera de un derecho *deber* procedimental previo, inclusive asociado a políticas públicas legislativas y presupuestales, se encuadra de manera especial en lo que concierne a los derechos sociales sujetos a la discrecionalidad política del legislador, principalmente a las pretensiones que sobrepasan el *mínimo existencial*, y frente a las cuales el derecho a una prestación estatal depende del hecho de que todos los interesados en ella tengan la oportunidad de participar de la misma.⁵⁸

En este contexto, se busca a través del procedimiento administrativo criterios objetivos, claros, controlables, que le den prioridad a los productos y servicios para los ancianos entre los recursos destinados a la salud, y se orienten bajo la primacía de un mínimo existencial en materia de la tercera edad.

Efectivamente, las pretensiones judiciales dirigidas a la entrega de medicamentos o a la prestación de servicios de salud (derechos sustantivos) las soportan naturalmente los recursos financieros afectados a la sanción presupuestal inherente, en general, a los servicios públicos de salud (derechos procedimentales). Sin embargo, como una medida jurisdiccional de esta naturaleza alcanza una gran diversidad de usuarios de este mismo servicio público, significa que la satisfacción de una pretensión judicial debe condicionarse a una reestructuración previa de la autoridad administrativa tanto como a la distribución de los recursos disponibles a las sucesivas pretensiones que se presentan extrajudicialmente.

Por esta razón, es imprescindible que la justiciabilidad de los derechos a los cuidados de salud den lugar, igualmente, a la judicialización previa o simultánea del derecho procedimental, esto es, que no sólo las pretensiones al medicamento, al producto o al servicio de salud (derecho sustantivo) sean jurisdiccionalizadas, pero principalmente la pretensión al procedimiento administrativo (derecho procedimental) con el fin de obtener el producto o servicio de salud, propiciando una mayor dimensión y potenciar así la tutela jurisdiccional, de modo que se pueda asegurar la igualdad entre todos los usuarios del servicio público de salud.

autoridad administrativa correspondiente. Parece que esta es la forma como lo entiende Leonardo Greco. Greco, Leonardo, *Instituições de Processo Civil*, Río de Janeiro, Forense, vol. 1, 2009, p. 233.

⁵⁸ Sobre los derechos de participación, Piroth/Schlink, *op. cit.*, p. 73; Wolf, Hans J. *et al.*, *Derecho Administrativo*, *cit.*, pp. 488 y 489.

Si por algún motivo no se judicializa el procedimiento administrativo (derecho procedimental), la satisfacción de la pretensión judicial material (derecho sustantivo) debe ser respaldada por otros recursos financieros, sin relación con los servicios públicos de salud, esto porque la tutela jurisdiccional en favor de una pretensión individual frena la necesidad de continuidad de servicios públicos esenciales. No es admisible que el derecho subjetivo de un demandante se ejerza mediante el sacrificio de un servicio público esencial a otros.⁵⁹

VI. EL IMPACTO DE LA REALIDAD FINANCIERA DEL PODER PÚBLICO EN LAS POLÍTICAS DE SALUD: LEGISLACIÓN; PRESUPUESTO PÚBLICO; GESTIÓN DE LA SALUD PÚBLICA

Aun cuando los derechos sustantivos están subordinados a los derechos procedimentales, este hecho, por sí sólo, no agota conflictos que envuelven la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos a los cuidados de salud, especialmente los conflictos con fundamento en la insuficiencia de recursos financieros del poder público.

Claramente es posible imaginar que una autoridad administrativa, a pesar de cumplir adecuadamente las normas procedimentales, no tenga recursos financieros suficientes para atender las múltiples e inesperadas demandas.

De hecho, la realidad financiera del poder público influye en tres niveles distintos de los derechos a la salud: a) ante el legislador, para decidir cuáles derechos serán establecidos en la legislación, considerando, por un lado, *un mínimo existencial* y, por otro, la discrecionalidad política y proporcional para extender el derecho a prestaciones más allá de *un mínimo*; b) ante el presupuesto público, para decidir cuánto y cómo se gastará con *un mínimo existencial* y también con los demás cuidados a la salud establecidos por el legislador, considerando, por un lado, los recursos financieros esenciales para asegurar el ejercicio efectivo de los derechos a los cuidados existentes y, por otro, la discrecionalidad política y proporcional para extender recursos financieros a prestaciones periféricas de estos derechos en los cuidados de salud; c) ante la autoridad administrativa, para decidir la forma

⁵⁹ Sobre la ejecución forzada de decisiones judiciales contra autoridades administrativas sanitarias, véase el apartado VII de este artículo.

como se ofrecerán las prestaciones de salud, considerando, de un lado, el vínculo con los recursos presupuestales existentes, el derecho a *un mínimo existencial* y los demás cuidados a la salud establecidos por el legislador, y, por otro lado, una actuación discrecional administrativa proporcional capaz de racionalizar concretamente el uso de recursos financieros necesarios al ejercicio de estos derechos de salud.

VII. LOS CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN LOS CUIDADOS DE SALUD PROVENIENTES DE LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS FINANCIEROS PÚBLICOS

En consecuencia, bajo el punto de vista financiero, los conflictos que involucran los derechos a los cuidados de salud que terminan en los tribunales pueden examinarse bajo perspectivas diferentes.

Primero, con referencia a la constitución (existencia) del derecho a los cuidados de salud, frente a una discrepancia entre una pretensión individual y el derecho a los cuidados efectivamente establecido por el legislador, se presenta un típico conflicto de jurisdicción constitucional, en el que los recursos financieros servirán, por un lado, para identificar el mínimo existencial y, por otro, para controlar la discrecionalidad del legislador sobre el alcance de las prestaciones de salud, más allá de un mínimo, instituidas por el mismo legislador.

A propósito, frente a un mínimo existencial, el derecho a los cuidados de salud nace con la Constitución, sujeto a la esencia de un derecho fundamental a la salud o coincidente con el principio de la dignidad humana.⁶⁰ En este caso, el margen de discrecionalidad del legislador es nulo y, en consecuencia, la exigibilidad y la justiciabilidad del derecho a los cuidados de salud son automáticos,⁶¹ no dependen del legislador, cuya omisión se considera inconstitucional y susceptible de control jurisdiccional.⁶²

⁶⁰ Silva, Virgílio Afonso da, *Derechos fundamentales*, cit.

⁶¹ Ante el mínimo existencial, el derecho social es un deber del poder público vinculado originalmente a la Constitución y desde luego judicialmente exigible. Robert Alexy, *Teoría dos derechos fundamentales*, cit., pp. 502, 512 y 513; Mendes, Gilmar Ferreira *et al.*, *Curso de derecho constitucional*, San Paulo, Saraiva, 2007, p. 253. Para la jurisprudencia de la Corte Constitucional italiana el núcleo mínimo es “no-eliminable” del derecho a la prestación. Cilione, Giampiero, *Diritto sanitario*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli Editore, 2005, p. 21.

⁶² Sommermann admite que en caso extremo sería posible invocar el derecho a un mínimo existencial, directamente de la Constitución, sin necesidad de valerse de una ju-

La otra perspectiva de los conflictos que involucran los cuidados a la salud y las finanzas públicas no se relaciona con la creación de los derechos a los cuidados a la salud, sino que parte de la premisa de que estos derechos ya existen, con su exigibilidad y justiciabilidad en sí.

Frente a este particular, el conflicto puede tener dos orígenes diferentes, uno en el presupuesto público, otro en el comportamiento de la misma autoridad administrativa.

En el primer caso, si un *mínimo existencial* y los derechos a los cuidados de salud en general, creados por ley, no estuvieran suficientemente sujetos al presupuesto, lo que por sí mismo representa una ofensa al principio del Estado de Derecho,⁶³ se abre la oportunidad al reconocimiento judicial de demandas individuales y a la ejecución forzosa de las sentencias.

El presupuesto público es determinante como garantía de un sistema jurídico democrático en la distribución de beneficios sociales, sólo frente a derechos que, a pesar de originarse en la Constitución, dependen de ley para ser exigibles. Con todo, el presupuesto público no es capaz de dejar sin sentido el derecho a un mínimo existencial o a derechos sociales ya instituidos por ley.⁶⁴

risdicción constitucional. Según él, “cuando se presentaban vacíos en la legislación social y pocos recursos lo que se dio particularmente en los años 50 del siglo pasado, en el momento en que llegaron muchos refugiados a Alemania occidental donde muchas ciudades sufrían por la destrucción a causa de la guerra las autoridades públicas y los tribunales ordinarios aplicaban la cláusula general de policía para garantizar un mínimo existencial. Así, por ejemplo, se obligaba a las familias a alojar personas sin vivienda en su casa o apartamento. Es decir, si falta una legislación social suficiente, hay posibilidades de ayuda directa a través de las cláusulas generales, interpretadas a la luz de la exigencia constitucional de asegurar el mínimo existencial”. Sommermann, Karl-Peter, “Soziale Rechte in Stufen: Überwindung einer alten Debatte?...”, *cit.*

⁶³ “A country’s difficult financial situation does NOT absolve it from having to take action to realize the right to health”, *Fact Sheet*, ONU, The Right to Health, núm. 32, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁶⁴ Alexy afirma que “La fuerza del principio de la competencia presupuestal del legislador no es ilimitada. Él no es un principio absoluto. Los derechos individuales pueden tener un mayor peso que las razones político-financieras”. Alexy, Robert, *Teoría dos derechos fundamentales*, *cit.*, pp. 512 y 513. Para Alexy, “también los derechos fundamentales sociales mínimos tienen, especialmente cuando son muchas personas que necesitan de ellos, enormes efectos financieros. Pero esto, independientemente considerado, no justifica una conclusión contraria para su existencia”. *Ibidem*, p. 512. El Tribunal Constitucional Federal alemán decidió que aspectos económicos no pueden considerarse para negar a los asegurados el reembolso de gastos con nuevos tratamientos médicos necesarios en el tratamiento

En el segundo caso, el conflicto que proviene por el comportamiento de la autoridad administrativa, que, a pesar de la existencia en la ley de recursos presupuestales, alega no tener efectivamente recursos financieros para atender a las demandas que conciernen los cuidados a la salud. En esta situación, se confronta igualmente el Estado de Derecho y, entonces, se admite la tutela judicial individual contra las autoridades públicas.

VIII. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE DECISIONES JUDICIALES, POR PARTE DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DE SALUD, Y SUS LIMITACIONES FRENTE A LA INSUFICIENCIA DE RECURSOS FINANCIEROS

Por lo tanto, bajo el punto de vista teórico, la falta de recursos presupuestales no es un obstáculo a la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos a los cuidados de salud.⁶⁵

Sin embargo, cuando las autoridades administrativas se encuentran sujetas a una legalidad estricta, desprovista de medios *per se* para interpretar y aplicar directamente la Constitución, la falta de presupuesto servirá de justificación para no cumplir con las prestaciones sociales y llevará inevitablemente a una judicialización, en cuya ejecución, paralelamente, la expropiación de bienes y de finanzas públicas, en principio, se subordina a la inexistencia de la ofensa al interés público o al servicio esencial, lo que no siempre corresponde a una jurisdicción plena.⁶⁶

de enfermedades donde corre riesgo la vida. Alemania, Tribunal Constitucional Federal (BVerfG). *1 BvR 347/98, Absatz-Nr. (1 - 69)*. j. 6 dez. 2005, disponible en http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20051206_1bvr034798.html (consultada el 17 de enero de 2013).

⁶⁵ Sobre la ejecución de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, véase “Congrès de L’association Internationale des Hautes Juridictions Administratives”, Madrid, *L’exécution des décisions des juridictions administratives*, 8, 2004, disponible en http://www.aihja.org/images/users/1/files/2004_Congres_de_Madrid_Rapport_VIII_congres_VIII_vf.pdf?PHPSESSID=f33dg63daj61vokoe4kk44fu1 (consultada el 15 de octubre de 2013).

⁶⁶ En Brasil, se admite en general la ejecución forzosa de decisiones judiciales contra autoridades administrativas, excepto en el caso de que sean contrarias al interés público (Ley núm. 12.016/2009, artículo 15; Ley núm. 8.437/92, artículo 4o., *caput* e § 1o.; Ley núm. 9.494/97, artículo 1o.). En especial las ejecuciones de decisiones condenatorias de pago de dinero, no cabe ejecución forzada contra autoridades administrativas (Ley núm. 5.868/73, Código de Procedimiento Civil, artículo 730 y siguientes), salvo para créditos de pequeño valor (Ley 10.259/2001, artículo 17, §2o.; y Ley 12.153/2009, artículo 13, §1o.). Sin embargo, la jurisprudencia, recientemente, viene autorizando en casos de excepcional urgencia la ejecución forzosa de créditos de cualquier valor (Brasil, Supremo Tribunal

Por ejemplo, una demanda judicial individual destinada al internamiento hospitalario, para el tratamiento de una enfermedad curable, frente al sistema público de salud, que no maneja un presupuesto suficiente para suplir la insuficiencia de camas o médicos. Lamentablemente, un ejemplo muy común en los tribunales brasileños.

Es incuestionable que este derecho debe ser judicialmente reconocido; por otro lado, sin embargo, cuando se ejecute la sentencia no tendría sentido sacrificar a alguien que esté internado y con las mismas necesidades, para atender al demandante. La ejecución debe darse por acto de terceros, como la contratación de camas privadas, siempre y cuando haya recursos públicos financieros, que *no* afecten otros servicios esenciales.

A propósito, en una ejecución forzosa de decisiones judiciales sobre el derecho a la salud contra autoridades administrativas, se expropiará judicialmente el patrimonio público sólo en las siguientes circunstancias: a) bienes de dominio público, como las tierras que se devuelven, y en general, bienes públicos no afectados, como los recursos financieros fruto de recaudo tributario;⁶⁷ b) bienes y recursos financieros afectados a los servicios públicos no esenciales, accesorios y típicamente privados, como los gastos destinados a propaganda gubernamental en los medios, o en la compra de carros oficiales lujosos;⁶⁸ y c) bienes y recursos destinados al pago de deudas pretéritas, en cuanto, *per se*, no sean capaces de objetar la continuidad de un servicio público esencial.

Por lo tanto, más que preocuparse con la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos a los cuidados de salud, y más que preocuparse con la

Federal, STA 36-8. Relator Min, Nelson Jobim, publicado el 27 de septiembre de 2005). Véase Supremo Tribunal Federal, “secuestro de fondos públicos en favor de enfermos graves, un tema de repercusión general”, Noticias STF, 19 de noviembre de 2012, disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=224106> (consultada el 15 de octubre de 2013).

⁶⁷ Perlingeiro, Ricardo, *Execução contra a Fazenda Pública*, Sao Paulo, Malheiros, 1999, pp. 217-226.

⁶⁸ Véase “Juez suspende publicidad oficial y concede dinero a la salud”, *Conversa Afiada*, 31 de julio de 2013, disponible en <http://www.conversaafiada.com.br/pig/2013/07/31/juiz-suspende-publicidade-oficial-e-da-dinheiro-a-saude/> (consultada el 15 de octubre de 2013); “MPF/RR solicita secuestro y bloqueo de las cuentas del Estado de Roraima en caso de que la orden judicial no se cumpla”, *Protratamientodoria da República em Roraima*, 4 de abril de 2013, disponible en <http://www.prrr.mpf.mp.br/noticias/04-04-13-mpf-rr-pede-sequestro-e-bloqueio-das-contas-do-estado-de-roraima-caso-nao-seja-comprovado-o-cumprimento-de-ordem-judicial/> (consultada el 15 de octubre de 2013).

existencia de recursos presupuestales y de una eficaz gestión pública en el área de la salud, es necesario comprender los efectos de la realidad económica de las autoridades públicas en lo que concierne a los recursos financieros que orientan el alcance del derecho a un mínimo existencial, frente al cual todo el orden jurídico tiende a acomodarse y los conflictos a reducirse.

En este orden de ideas, es pertinente, en especial, una pregunta: ¿Cuál es el alcance de la expresión *mínimo existencial* en lo que concierne a cuidados de salud para los ancianos?⁶⁹

IX. EL MÍNIMO EXISTENCIAL CONCERNIENTE A ASPECTOS PROCEDIMENTALES DEL DERECHO A LA SALUD

Como se mencionó con anterioridad, la definición de un mínimo existencial reclama no sólo consideraciones objetivas, sino y principalmente subjetivas del individuo y de la comunidad en que está inserto.⁷⁰ En el presente estudio, nos limitaremos a factores objetivos del derecho a un mínimo existencial.

En un primer momento, trataremos sobre el derecho a un mínimo existencial en materia de salud a la luz de los derechos procedimentales y lo que concierne a las políticas de salud esenciales; posteriormente será examinado el mínimo existencial bajo una perspectiva de los derechos sustantivos, esto es, asociado a los medicamentos, servicios y productos de salud esenciales.

Respecto a las políticas públicas,

El derecho a la salud está íntimamente relacionado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de estos derechos, que son enunciados en la Carta Internacional de los Derechos Humanos, en particular el derecho a la

⁶⁹ Sobre un mínimo existencial en materia de salud, véase Barcellos, Ana Paula, “La construcción de un mínimo existencial en materia de prestaciones de salud”, en Neto, Cláudio Pereira Souza y Sarmento, Daniel, *Derechos Sociales, Fundamentos, Judicialización y Derechos Sociales en Especie*, cit.

⁷⁰ Jordi Bonet Pérez se refiere a un mínimo material y a un mínimo personal. Bonet Pérez, Jordi, “Dret internacional dels drets humans en períodes de crisi: criteris d’aplicació de les obligacions jurídiques internacionals en matèria de drets econòmics, socials i culturals”, *Revista catalana de dret públic*, Catalunya, núm. 46, 2013, pp. 14-46.

alimentación, a la habitación, al trabajo, a la educación, a la dignidad de la persona humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a la libertad de asociación, reunión y circulación. Estos y otros derechos y libertades tratan sobre los componentes integrales del derecho a la salud.⁷¹

Como nos lo presenta el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:⁷²

Así como todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A su vez, la obligación de cumplir comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover. La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir directa o indirectamente en el goce del derecho a la salud. La obligación de proteger exige que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías previstas en el artículo 12. Finalmente, la obligación de cumplir exige que los *Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestales, judiciales o de otra naturaleza para conferir plena efectividad al derecho a la salud.*⁷³

Es conocido que el

derecho a la salud no significa derecho de gozar de buena salud, mucho menos que los gobiernos de países pobres tengan que establecer servicios de salud caros para aquellos que no disponen de recursos. Significa que los gobiernos y las autoridades públicas deben establecer políticas y planes de acción con el objetivo de que todas las personas tengan acceso a la atención

⁷¹ ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, cit.

⁷² A partir de mayo de 2013, el Comité pasa a tener competencia para recibir y valorar las comunicaciones a que se refiere el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Dicho Protocolo lo adoptó la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de Diciembre de 2008, a través de la resolución A/RES/63/117; firmada el 24 de septiembre de 2009, en Nueva York, entrando en vigor el 5 de mayo de 2013, disponible en http://derechoshumanos.gddc.pt/3_1/IIIPAG3_1_5.htm (consultada el 14 de octubre de 2013).

⁷³ ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, cit.

de salud en el menor tiempo posible. Conseguir que esto ocurra es el desafío de aquellos que tienen a su cargo tanto la comunidad responsable por la protección de los derechos humanos como de los profesionales de la salud pública.⁷⁴

Sin embargo ¿cómo es posible imponer a los países pobres, con recursos limitados, las mismas normas en materia de derechos humanos impuestas a los países ricos?⁷⁵

Las medidas destinadas a obtener la plena realización de los derechos deben ser deliberadas, concretas y orientadas lo más claramente posible hasta el cumplimiento de las obligaciones que caben a los gobiernos. En este sentido, es preciso utilizar todos los medios oportunos, en particular adoptar disposiciones legislativas, ofrecer recursos judiciales y medidas administrativas, financieras, educativas y sociales. Esto no exige ni excluye que cualquier tipo específico de gobierno o de sistema económico pueda utilizarse como medio para la adopción de las medidas en cuestión.

El principio de la realización progresiva de los derechos humanos impone la obligación de trabajar de la manera más diligente y eficaz posible para alcanzar este objetivo. En consecuencia, se aplica tanto a los países más pobres como a los más ricos, en la medida en que reconocen las limitaciones relacionadas con los recursos disponibles, pero exige que todos los países intenten progresar de forma constante con el objetivo de alcanzar la plena efectividad de los derechos pertinentes. Todas las medidas proyectadas que constituyan un paso atrás deberán ser cuidadosamente consideradas y justificadas plenamente con relación a los derechos previstos en el tratado de derechos humanos en cuestión y en el contexto de la utilización plena del máximo de los recursos disponibles. Con respecto a este tema, es importante distinguir si un Estado parte no puede o no desea cumplir sus obligaciones. Durante el proceso relativo a la presentación de las relatorías, los Estados parte y el Comité establecen indicadores y puntos de referencia nacionales para determinar objetivos realistas para el periodo siguiente sobre lo cual deberán informar.⁷⁶

⁷⁴ Robinson, Mary, “El derecho a la salud”, *Boletín Derechos humanos*, Guatemala, núm. 19, disponible en http://www.ohchr.org.gt/documentos/boletines/boletin_19.pdf (consultada el 21 de octubre de 2013).

⁷⁵ Organización Mundial de la Salud, “Veinticinco preguntas y respuestas sobre salud y derechos humanos”, *Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos*, París, núm. 1, 2002, p. 14, disponible en http://whqlibdoc.who.int/publications/2002/9243545698_spa.pdf (consultada el 15 de octubre de 2013).

⁷⁶ *Idem.*

Próximo a la noción de proporcionalidad, necesaria para delimitar un mínimo existencial, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destaca que:

Las medidas viables más apropiadas para el ejercicio del derecho a la salud varían significativamente de un Estado a otro. Cada Estado tiene un margen de discrecionalidad para determinar qué medidas son las más convenientes para tratar sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que todos tengan acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud y puedan gozar cuanto antes del más alto nivel posible de salud física y mental. Para esto es necesario adoptar una estrategia nacional que permita a todos gozar del derecho a la salud, basado en los principios de derechos humanos que definen los objetivos de esta estrategia, y formular políticas y establecer los indicadores y las bases de referencia correspondientes al derecho a la salud. La estrategia nacional en materia de salud también deberá tener en consideración los recursos disponibles para alcanzar los objetivos determinados, así como el modo más conveniente para utilizar estos recursos.⁷⁷

De esta manera, conforme el Comité, el derecho a la salud en todas sus formas y en todos los niveles incluye los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones propias de un determinado Estado parte.⁷⁸

(a) Disponibilidad. Cada Estado parte debe contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención a la salud, así como de programas. La naturaleza pertinente de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de numerosos factores, en particular del nivel de desarrollo del Estado parte. Es más, estos servicios incluirán los factores determinantes básicos de salud, como agua potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesionales capacitados y bien remunerados conforme a las condiciones existentes en el país, bien como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

⁷⁷ ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, cit.

⁷⁸ *Idem*.

(b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin ninguna discriminación, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones sobrepuestas:

(i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesible, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin cualquier discriminación por alguno de los motivos prohibidos.

(ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, principalmente los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, mujeres, niños, adolescentes, ancianos, portadores de deficiencias y los portadores de VIH/SIDA. La accesibilidad implica, igualmente, que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de salud, como el agua potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentren a una distancia geográfica razonable, inclusive en lo que se refiere a las zonas rurales. Es más, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas discapacitadas físicamente.

(iii) Accesibilidad económica (accesibilidad de precios): los establecimientos, bienes y servicios de salud deben estar al alcance de todos. El pago de los servicios de atención a la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos se debe basar en el principio de la equidad, con el fin de garantizar que estos servicios, públicos o privados, estén al alcance de todos, incluyendo los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaigan una carga desproporcional, en lo que concierne a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

(iv) Acceso a la información: este acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir informaciones e ideas sobre las cuestiones relacionadas con la salud. Es más, el acceso a la información no debe subestimar el derecho de que los datos personales relacionados con la salud sean tratados con confidencialidad.

(c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deben respetar la ética médica y deben ser culturalmente apropiados, es decir, respetar la cultura de las personas, minorías, pueblos y comunidades, y al mismo tiempo deben ser sensibles a todos los requisitos de género y ciclo de vida, y deben ser concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas implicadas.

(d) Calidad. Además de la aceptabilidad desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser proporcionales desde el punto de vista científico y médico, y de buena calidad. Esto requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipamien-

tos hospitalarios científicamente aprobados y en buen estado, agua potable y condiciones sanitarias adecuadas.

En la Observación General núm. 3, el Comité confirma que los Estados Partes tienen la obligación fundamental de garantizar niveles esenciales mínimos de satisfacción de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto, incluyendo la atención primaria básica de salud. Considerada conjuntamente con algunos materiales más recientes, como el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, la Declaración de Alma-Ata ofrece una orientación inequívoca con relación a las obligaciones básicas que surgen del artículo 12. Es así, como el Comité considera que entre estas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:⁷⁹

(a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud evitando toda discriminación, principalmente con relación a los grupos vulnerables o marginados...⁸⁰

(c) Asegurar una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

(f) Adoptar y aplicar, con base en datos epidemiológicos, una estrategia y un plan de acción nacional de salud pública para enfrentar las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deben elaborarse, y periódicamente revisarse, con base en un proceso participativo y transparente; esta estrategia y este plan deben prever métodos, como el derecho a los indicadores y bases de referencia de salud que permitan observar de cerca los progresos; el proceso mediante el cual se concibe la

⁷⁹ *Idem.*; Grover, Anand, “Thematic study on the realization of the right to health of older persons by the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health”, en *Human Rights Council. 18^a Session. Agenda item 3. Promotion and protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*, 4 de julio de 2011, disponible en http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/18session/A-HRC-18-37_en.pdf (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁸⁰ (b) To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone; (c) To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water; (d) To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programmed on Essential Drugs.

estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, debe prestar atención especial a todos los grupos vulnerables o marginados.

X. EL MÍNIMO EXISTENCIAL CONCERNIENTE A ASPECTOS SUSTANTIVOS DEL DERECHO A LA SALUD

Respecto a los derechos sustantivos, como los medicamentos, servicios y productos de salud esenciales:

El hecho de que el derecho a la salud debe ser un objetivo programático tangible no significa que *ninguna obligación* inmediata en los Estados surja a partir de éste. De hecho, los Estados deben realizar todos los esfuerzos posibles, con los recursos disponibles, para realizar el derecho a la salud y tomar medidas en esta dirección sin ninguna demora. No obstante, ante las restricciones de recursos, algunas obligaciones tienen un efecto inmediato, como el cumplimiento para garantizar el derecho a la salud de un modo no discriminatorio, el desarrollo de una legislación específica y planes de acción, o de otras medidas semejantes para la realización total de este derecho, así como ocurre con cualquier otro derecho humano. Los Estados deben garantizar, igualmente, un nivel mínimo de acceso a los componentes materiales esenciales del derecho a la salud, como el suministro de medicamentos esenciales y servicios de salud materno e infantil.⁸¹

La Conferencia de Alma-Ata de 1978 sobre cuidados primarios de salud reconoció que los medicamentos esenciales son vitales para la prevención y el tratamiento de enfermedades que afectan a millones de personas en todo el mundo. Los medicamentos esenciales salvan vidas y promueven la salud.

En 1981, la Organización Mundial de la Salud estableció el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales para apoyar a los países en la implementación de sus políticas nacionales de medicamentos y para trabajar en el uso racional de los medicamentos. Este trabajo se amplió en 1998 cuando la OMS creó el departamento de Medicamentos Esenciales y Otros Medicamentos (EDM), combinando las responsabilidades del antiguo DAP con los esfuerzos globales de la OMS para promover la

⁸¹ ONU (Organización Mundial de la Salud), *The Right to Health, Fact Sheet*, núm. 32, disponible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/Factsheet31.pdf> (consultada el 11 de octubre de 2013).

calidad, la seguridad, la eficacia y la información precisa sobre todos los medicamentos.⁸²

Efectivamente, la dificultad de colocar todo esto en práctica se refleja en la definición un poco más extensa y más categórica del 2002: “son considerados medicamentos esenciales los que cubren las necesidades de atención prioritarias de salud para la población. La selección se hace considerando la prevalencia de las enfermedades y su seguridad, eficacia y relación costo-eficacia comparativa”.⁸³

Se pretende que los medicamentos esenciales estén siempre disponibles dentro del contexto de funcionamiento de los sistemas de salud en cantidades adecuadas, en las dosis apropiadas, con calidad garantizada e información oportuna, y con un valor que el individuo y la comunidad puedan pagar. La implementación del concepto de medicamentos esenciales pretende ser flexible y que se pueda adaptar a las muchas y diferentes situaciones; definir precisamente que medicamentos se consideran esenciales permanece como una responsabilidad nacional.⁸⁴

El comentario general del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 14 de mayo de 2000, es particularmente relevante para el acceso a los medicamentos esenciales. Aquí el Comité declara que el derecho a los servicios médicos en el artículo 12.2 (d) del PIDESC incluye el suministro de medicamentos esenciales “conforme lo definió el Programa de Acción de Medicamentos Esenciales de la OMS”. De acuerdo con la última definición de la OMS, medicamentos esenciales son “Aquellos que satisfacen las necesidades de los cuidados de salud prioritarios de la población. Los medicamentos esenciales son seleccionados con el debido respeto a la prevalencia de enfermedades, evidencia de eficacia y seguridad, y relación costo-eficacia comparativa”.⁸⁵

⁸² Médicos sin fronteras, *Essential drugs. Practical guidelines intended for physicians, pharmacists, nurses and medical auxiliaries*, febrero de 2013, disponible en http://refbooks.msf.org/msf_docs/en/essential_drugs/ed_en.pdf (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁸³ ONU (Organización Mundial de la Salud), *Essential Medicines*, disponible en http://www.who.int/topics/essential_medicines/en/ (consultada el 11 de octubre de 2013).

⁸⁴ Organización Mundial de la Salud, “The Selection of Essential Medicines”, *WHO Policy Perspectives on Medicines*, núm. 4, junio de 2002, disponible en <http://apps.who.int/medicinedocs/en/d/Js2296e/1.html> (consultada el 11 octubre de 2013).

⁸⁵ ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, cit.

XI. EL MÍNIMO EXISTENCIAL CONCERNIENTE A LOS CUIDADOS DE SALUD PARA LOS ANCIANOS

De acuerdo con la Organización Panamericana de la Salud,⁸⁶ en materia de políticas públicas mínimas de salud para los ancianos, debe existir para ellos necesariamente un plan de acción sobre la salud, incluyendo el envejecimiento activo y saludable que considere: a) la salud de los ancianos en las políticas públicas; b) la idoneidad de los sistemas de salud para enfrentar los desafíos asociados con el envejecimiento de la población; c) la capacitación de los recursos humanos necesarios para enfrentar este desafío; d) potenciar la capacidad de generar la información necesaria para realizar y evaluar las acciones que mejoren la salud de los ancianos.

Del Plan de Acción Internacional sobre el envejecimiento, aprobado en la Asamblea Mundial sobre envejecimiento (Viena, 1982), se destaca lo siguiente:⁸⁷

...Recomendación 10. Es necesario desarrollar en la comunidad, en la medida de lo posible, los servicios de salud y servicios de salud auxiliares. Estos servicios deberán abarcar una amplia gama de servicios ambulatorios, tales como centros de cuidado diurnos, clínicas ambulatorias, hospitales de día, cuidados médicos y de enfermería y ayuda domiciliaria. Siempre se deberán ofrecer servicios de urgencia. El cuidado en instituciones debe siempre corresponder a las necesidades de los ancianos. Se debe evitar el uso de camas inadecuadas en las instalaciones destinadas a los cuidados de la salud. Especialmente, las personas que no son discapacitadas mentales no se deben internar en hospitales psiquiátricos. Se deben prestar servicios de exámenes y asesoría médica en clínicas geriátricas, centros de salud o locales de la comunidad donde se congreguen personas de edad. Se debe contar con la infraestructura de salud necesaria, así como con el debido personal especializado que pueda prestar una asistencia geriátrica integral y completa. En el caso de cuidados institucionales, se deberá evitar la alienación del anciano de la sociedad, provocada por su aislamiento, buscando, entre

⁸⁶ OMS (Organización Panamericana de la Salud), *Plan de acción sobre la salud de las personas mayores incluido el envejecimiento activo y saludable*, Washington, 28 de septiembre al 2 octubre de 2009, disponible en <http://www.mayoresaludables.org/plan-de-accion> (consultada el 15 octubre de 2013).

⁸⁷ ONU (Organización de las Naciones Unidas), *Vienna International Plan of Action on Aging*, Viena, 1982, disponible en <http://www.un.org/es/globalissues/ageing/docs/vipaa.pdf> (consultada el 15 de octubre de 2013).

otras cosas, una mayor participación de los miembros de su familia y del voluntariado.

...Recomendaciones 13. Se deben intensificar los esfuerzos para desarrollar la asistencia domiciliaria, con el fin de prestar servicios de salud y sociales de alta calidad, en la cantidad necesaria para que los ancianos puedan permanecer en sus propias comunidades y vivir en la forma más independiente durante el mayor tiempo posible. La atención domiciliaria no se debe considerar como una alternativa de la atención institucional, pues ambas se complementan y deben estar vinculadas con el sistema de prestación de servicios de tal manera que las personas ancianas puedan recibir los mejores cuidados adecuados a sus necesidades, y a un menor costo. Se debe prestar especial apoyo a los servicios de cuidado domiciliario, dotándolos de profesionales médicos, paramédicos, enfermeros y técnicos suficientes, disminuyendo de esta manera la necesidad de hospitalización.

Peláez & Ferrer proponen, entre otras cosas, que haya “un presupuesto público y privado para invertir en tecnología de bajo costo y en medicamentos esenciales para el control de las enfermedades comunes en los ancianos, y la prohibición de su discriminación en instituciones de salud públicas o privadas”.⁸⁸

En cuanto a los medicamentos, servicios y productos de salud esenciales a la salud de los ancianos, citamos nuevamente al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales:

Lo que concierne al ejercicio del derecho a la salud de los ancianos, el Comité, conforme lo dispuesto en los párrafos 34 y 35 de la observación general núm. 6 (1995), reafirma la importancia de un enfoque integral de la salud que incluya la prevención, la cura y la rehabilitación. Estas medidas deben basarse en *evaluaciones periódicas* para ambos sexos; medidas de *rehabilitación física y psicológica* destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de los ancianos; y la prestación de atención y cuidados a los *enfermos crónicos y en estado terminal*, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles *morir con dignidad*.⁸⁹

⁸⁸ Peláez, Martha B. y Lues, Marcela Ferrer, “Salud pública y los derechos humanos de los adultos mayores”, *Acta Bioeth*, Santiago, núm. 1, vol. 7, 2001.

⁸⁹ ONU (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), *General comment 14: the right to the highest attainable standard of health (article 12 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)*, *cit.*

Efectivamente, los derechos sustantivos a los cuidados de salud para los ancianos están relacionados con medicamentos, servicios y productos esenciales respecto a enfermedades en general que se manifiestan con mayor frecuencia a partir de determinada edad, cuidados primarios y enfermedades crónicas, cuidados paliativos, y enfermedades inherentes a la misma edad avanzada, como la enfermedad del Alzhéimer.

En Brasil, la Política Nacional de Salud para los ancianos se aprobó en 2006 por el Ministerio de la Salud,⁹⁰ igualmente, valga la referencia, el Plan de Salud Suplementario para los ancianos fue adoptado por Brasil en 2012.⁹¹ Desde el punto de vista de los derechos sustantivos, las prestaciones (medicamentos, productos y servicios) básicos sobre los cuidados de salud inherentes a los ancianos se ofrecen a través del SUS,⁹² teniendo como principal parámetro la edad del paciente, por encima de los 60 años. Los medicamentos, productos y servicios esenciales a toda la pobla-

⁹⁰ Ministerio de Salud. Ordenanza núm. 2.528, 19 de octubre de 2006, disponible en <http://dtr2001.saude.gov.br/sas/PORTARIAS/Port2006/GM/GM-2528.htm> (consultada el 9 de enero de 2014).

⁹¹ ANS, disponible en http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/plano_cuidado_idosos.pdf (consultada el 9 de enero de 2014).

⁹² En los Estados Unidos, el *Medicare* (programa de financiamiento público) ofrece cobertura para cerca de 40 millones de americanos ancianos y deficientes. El *Medicare* Parte A cubre a la mayoría de los americanos con más de 65 años, y ofrece cobertura de seguro de hospital. Sin embargo, aunque el *Medicare* Parte B es opcional, casi todas las personas se inscriben, dados los substanciales subsidios federales para el programa. El *Medicare* Parte B ofrece cobertura médica suplementaria para, entre otras cosas, consultas médicas y exámenes de diagnóstico. Muchos beneficiarios del *Medicare* también adquieren el seguro suplementario *Medicare* (Medigap) o cuentan con la cobertura de un empleador. Las políticas del *Medigap* son reglamentadas a nivel federal y deben incluir beneficios básicos especificados, disponible en http://www.justice.gov/atr/public/health_care/204694/exec_sum.htm y <http://www.hhs.gov/about/whatwedo.html> (consultada el 16 de octubre de 2013). En el Reino Unido existen diferentes servicios prestados por el NHS a los ancianos, tales como: emergencial, que se da normalmente en los hospitales, de atención médica (GP) y dentistas, entre otros. Todos ellos pueden o no tener costos para los pacientes, disponible en http://www.revistareal.com/052012_saude.php, sitio de la NHS; <http://www.nhs.uk/NHSEngland/AboutNHSservices/social-care-services/Pages/social-care-adults.aspx> (consultadas el 16 de octubre de 2013). En Portugal, la prestación de la salud se ofrece por el Servicio Nacional de Salud (SNS), en el cual el reconocimiento del derecho al plan complementario solidario para ancianos depende de que el solicitante satisfaga, acumulativamente, las condiciones legales previstas, disponible en <http://www.portaldasauade.pt/portal/contenidos/informacoes+uteis/comparticipacoes/beneficios+adicionais+saude+ancianos.htm> (consultada el 16 de octubre de 2013).

ción son naturalmente, y de igual manera, considerados esenciales para los ancianos. No obstante, y en particular, vale mencionar que el SUS asegura el tratamiento para el Alzheimer⁹³ y la osteoporosis,⁹⁴ y pone a disposición parcialmente pañales geriátricos.⁹⁵

XII. CONSIDERACIONES FINALES

Los cuidados de salud para los ancianos son derechos fundamentales sociales, y su núcleo esencial, vinculado a los principios sobre la dignidad humana y al derecho a la vida, se conoce también como mínimo existencial.

El derecho a un mínimo existencial es exigible automáticamente frente a las autoridades públicas (legislativas y administrativas), tanto bajo la premisa de los derechos procedimentales, como de los derechos sustantivos.

Las dificultades presupuestarias y financieras del poder público no son extintivas de los derechos a los cuidados de salud, y tampoco anulan

⁹³ Los medicamentos y servicios para el alzhéimer se colocan a disposición por medio del Componente Especializado de Asistencia Farmacéutica —CEAF— Portaria MS/GM 2.981 del 26 de noviembre de 2009, siendo estandarizados los siguientes medicamentos: Donepezila 5mg y 10mg; Galantamina 8mg, 16mg y 24mg; Rivastigmina 2mg/ml y Rivastigmina 1,5mg, 3mg, 4,5mg y 6 mg. De esta forma, en el CEAF, se colocan a disposición medicamentos de clase farmacológica importante para el manejo del alzhéimer a todos los pacientes que presentan los criterios de inclusión establecidos por el Protocolo Clínico y Directrices Terapéuticas PCDT – Enfermedad de alzheimer (Entrada SAS/MS núm. 843 del 31 de octubre de 2002).

⁹⁴ El tratamiento para la osteoporosis se ofrece por medio del CEAF. El SUS garantiza el tratamiento efectivo para los pacientes que se encuadren en el PCDT para esta enfermedad (Entrada SAS/MS núm. 470, del 23 de julio de 2002), teniendo acceso a los siguientes medicamentos: Pamidronato 30mg inyectable, Pamidronato 60mg inyectable, Risedronato 5mg/cp, Risedronato 35mg/cp, Raloxifeno 60mg/cp, Calcitonina 50 UI inyectable, Calcitonina 100 UI inyectable, Calcitonina 200 UI spray nasal, Calcitriol 0,25mcg/cp, Alendronato 10mg/cp (Componente Básico de la Asistencia Farmacéutica), Alendronato 70mg/cp (Componente Básico de la Asistencia Farmacéutica). Recordemos que la ejecución del Componente, que dice respecto a las etapas de solicitud, evaluación, autorización y renovación de la continuidad del tratamiento, es descentralizada a las secretarías estatales de salud.

⁹⁵ Los pañales geriátricos han sido objeto del mayor número de demandas judiciales, a pesar del Programa “Farmacia Popular” que los ofrece a los ancianos, mediante prescripciones, decisiones o certificaciones médicas, con subsidio del Ministerio de Salud por el 90% del costo; la población contribuye con el 10% de este valor.

su exigibilidad y justiciabilidad. Sin embargo, estos inconvenientes económicos pueden, en el caso concreto, impedir o limitar el ejercicio de los derechos a la salud, y también impedir el surgimiento de ellos, en la medida en que lleguen a influir en los entornos de lo que se entiende como mínimo existencial.

De hecho, la delimitación del mínimo existencial en materia de cuidados de salud depende de la ponderación proporcional entre factores objetivos, como los medicamentos, servicios y productos esenciales de salud, y factores subjetivos, como las necesidades concretas de los individuos, el nivel de desarrollo social y de las condiciones de vida existentes, y finalmente de la disponibilidad financiera del poder público.

Los indicadores objetivos de los cuidados de salud, considerados esenciales en el ámbito de la aplicación de normas internacionales de derechos humanos, tienen primacía y consisten en el aterrizaje inicial de un *mínimo existencial*, a partir del cual, por un lado, el orden jurídico nacional detenta un margen de discrecionalidad, de acuerdo con parámetros subjetivos (necesidades individuales y aspectos socioeconómicos) para aumentar el alcance de los derechos sociales, sin embargo, y por otro lado, amparado en la misma subjetividad, para restringirlos, con la exigencia que tal restricción sea justificada.

Los aspectos objetivos que se deben considerar en un mínimo existencial sobre cuidados de salud y en especial para los ancianos, son los que mantienen un estrecho vínculo con la edad del individuo.

Desde el punto de vista de los derechos procedimentales, se consideran esenciales: la inclusión de la salud de los ancianos en las políticas públicas; la capacitación de los recursos humanos especializados; la prohibición de cualquier discriminación en función de la edad; la existencia de centros de atención diurna, clínicas ambulatorias, hospitales de día; la atención en clínicas geriátricas donde se congreguen ancianos; y la asistencia domiciliaria, disminuyendo la necesidad de hospitalización.

En el ámbito de los derechos sustantivos, son esenciales a los cuidados de los ancianos: controles periódicos; rehabilitación física y psicológica, destinada a la funcionalidad y autonomía de los ancianos; y atención y cuidados a las enfermedades crónicas y en fase terminal.